

4 | Papinianus of Modestinus? Over de curieuze achtergronden van een curieus geval van samenloop

W.J. Zwalve[■]

1 INLEIDING

Het nieuwe Nederlandse burgerlijke wetboek bevat in zijn art. 6:10 en 6:12 BW twee verschillende regelingen van de wijze waarop een hoofdelijke schuldenaar, die méér heeft betaald dan hetgeen waarvoor hij draagplichtig is, verhaal kan nemen op de overige schuldenaren. Tussen deze beide verhaalsmogelijkheden bestaat samenloop¹ en wel in die zin dat zij beide strekken tot schadeloosstelling van de hoofdelijke schuldenaar, maar de ene bepaling doet zulks door aan de hoofdelijke schuldenaar een eenvoudige, persoonlijke vordering tot schadeloosstelling toe te kennen die lijkt te zijn gebaseerd op het algemene rechtsbeginsel dat niemand zich ten koste van een ander mag verrijken, terwijl de andere bepaling *hetzelfde doel* tracht te bereiken langs de weg van *subrogatie*, waarbij dus de betaald hebbende hoofdelijke schuldenaar treedt in de rechten van de schuldeiser, waaraan een geheel andere rechtsgrond ten grondslag kan liggen en die meestal bijzondere modaliteiten kent. Die keuzemogelijkheid is niet nieuw: zij was óók voorzien in het Oude BW (OBW), dat in de art. 1329 en 1438, 3° OBW eenzelfde samenloop kende. De laatstgenoemde bepalingen corresponderen, op haar beurt, met de artikelen 1214 en 1251, 3° Cc/BW. Dit geval van samenloop heeft een buitengewoon curieuze achtergrond, die in het onderstaande nader zal worden toegelicht.

Teneinde misverstanden te vermijden, dient daarbij op het navolgende te worden gewezen. Art. 7:850, lid 3 BW verklaart de bepalingen omtrent hoofdelijke verbintenissen uit Boek 6, zoals de artikelen 6:10 en 6:12, van toepassing op borgtocht en in de onderstaande beschouwingen staat de toepassing van deze bepalingen op borgtocht centraal. Waar daarom in het navolgende over borgtocht zal worden gesproken, is slechts de *hoofdelijke* borgtocht aan de orde: de bepaling van art. 7:855 over het principieel subsidiaire karakter van borgtocht is, ten aanzien van andere borgen dan particuliere, van regelend recht. Er wordt daarom in het onderstaande, voor zover het huidige Nederlandse recht aan de orde is, voorondersteld dat die subsidiariteit is uitgesloten.

■ W.J. Zwalve is hoogleraar Historische ontwikkelingen van het recht, Universiteit Leiden.

1 C.J.H. Brunner, in Brunner/De Jong, *Verbintenissenrecht Algemeen*, Deventer 1999, no. 48 (p. 39).

2 HET ROMEINSE RECHT

Evenals in het huidige recht, was borgtocht in het Romeinse recht een species van de rechtsfiguur van passieve hoofdelijkheid. In het prae-Justiniaanse, ‘klassieke’, Romeinse recht was *hoofdelijke* borgtocht de regel: de subsidiaire aansprakelijkheid van de borg zoals wij die nu kennen in art. 7:855, lid 1 BW gaat terug op een revolutionaire vernieuwing van de rechtsfiguur van borgtocht door keizer Justinianus in zijn Novelle 4 (535). Vóórdien was de borg – een enkele, hier niet ter zake doende, uitzondering daargelaten – per definitie hoofdelijk aansprakelijk naast de debiteur. Borgtocht namelijk kwam als regel – hetzij door middel van *sponsio*, hetzij door middel van *fideiussio*² – tot stand doordat de borg aan de crediteur hetzelfde (*idem*) beloofde te betalen als de debiteur aan de crediteur was verschuldigd. In deze simpele vaststelling ligt de verklaring van de vraag waarom het Romeinse recht vanouds een probleem heeft gehad met het regres van de betaald hebbende borg.³ Het verdient aanbeveling daarbij een onderscheid te maken tussen het verhaal van de borg op de principaal draagplichtige debiteur en zijn verhaal op eventuele andere borgen. Ik zal met het eerste beginnen.

2.1 Regres op de debiteur

Als er tussen de debiteur en de borg een contractuele rechtsbetrekking bestaat (men denke in het bijzonder aan lastgeving (*mandatum*)), is er geen probleem: dan beschikt de borg over een contractuele rechtsvordering (bijvoorbeeld de *actio mandati*) waarmee hij zijn schade op zijn contractspartij (de debiteur) kan verhalen. Wat echter als zo’n contractuele rechtsbetrekking er *niet* is? Paulus zegt hieromtrent het volgende:⁴

D. 17,1,20,1: ‘Een borg heeft de actie op grond van zaakwaarneming als hij zich borg heeft gesteld voor een afwezige; hij heeft geen actie op grond van lastgeving, omdat er geen opdracht is vooraf gegaan’.

Paulus’ opvatting lijkt te zijn ingegeven door het feit dat de borg de schuld van een ander heeft betaald en iemand die ongevraagd andermans schuld

2 Het klassieke Romeinse recht kende verschillende vormen van borgtocht: *sponsio* (vanwaar ons begrip ‘sponsor’), *fidepromissio*, *fideiussio* en het *mandatum pecuniae credundae*. Zie daarover M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971, p. 660 e.v. In Justinianus’ codificatie zijn de onderlinge verschillen tussen deze verschillende vormen van borgtocht verdwenen.

3 Zie over het regres in het Romeinse recht G. Wesener, ‘Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht’, in *Labo* 11 (1965) p. 341 e.v.

4 Paulus, *libro undecimo ad Sabinum*: *fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum*.

betaalt, heeft een vordering uit zaakwaarneming op de debiteur die daardoor is verrijkt:⁵

D. 3,5,42(43): 'Omdat je ten name van iemand die je dat niet heeft opgedragen geld hebt betaald, komt je de actie uit zaakwaarneming toe, omdat de debiteur door die betaling is bevrijd van zijn crediteur'.

De beide teksten wekken licht de indruk alsof het Romeinse recht een eenvoudig, helder en duidelijk antwoord had op de zojuist gestelde vraag en bovendien een even heldere motivering ervan. Bij nader inzien blijkt echter dat een regres van de borg op de debiteur veel minder voor de hand lag dan men geneigd is op grond van de beide bovenstaande teksten aan te nemen.

Ter nadere illustratie van het feit dat het regres van de borg in het klassieke, voor-Justiniaanse Romeinse recht niet als ware het vanzelfsprekend was gebaseerd op verrijkingsrechtelijke beginselen zoals hierboven uiteengezet, zij ook op het volgende gewezen. Wij weten, door de herontdekking van Gaius' Instituten, dat het regres van de borg in het klassieke Romeinse recht bij de oudste vorm van borgtocht, die door middel van *sponsio*, was gebaseerd op wat wij een 'onrechtmatige daad' zouden noemen. Een schuldenaar die de borg niet schadeloos stelde, pleegde een 'delict'. De borg kon met de zogeneten *actio depensi* de schuldenaar laten veroordelen tot het betalen van het dubbele van zijn schade.⁶ Deze vorm van regres werd geïntroduceerd *bij wet* (de *lex Publilia*), hetgeen verduidelijkt dat men het problematisch achtte om dat regres op algemene vermogensrechtelijke beginselen te baseren. In het Justiniaanse recht is deze vorm van regres verdwenen.⁷

Het is goed daarbij een ogenblik nader stil te staan, omdat daardoor veel van de eigenaardigheden die nog zullen volgen kunnen worden verklaard. Iemand die zich, zonder zich daartoe *contractueel* jegens de debiteur te hebben verplicht, voor een ander borg stelt, doet dat door hetzelfde te beloven als die ander is verschuldigd. Dit is de reden waarom de vraag naar het regres – althans naar Romeinse begrippen – in zo'n geval niet voor de hand lag, want als de borg door de crediteur werd aangesproken betaalde hij – naar diezelfde Romeinse begrippen – niet zozeer de schuld van een ander, als wel *zijn eigen schuld* en het lag niet voor de hand om aan iemand die zijn eigen schuld betaalde daarvoor een verhaalsmogelijkheid op anderen te bieden, *behalve*

5 Labeo, *libro sexto posteriorum epitomatorum a Iavoleno*: cum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit. Zie ook D. 3,5,38(39).

6 Zie hierover Gaius 4,22; 3,127; 4,9 en 4,171.

7 Men vergelijkte Inst. 3,20,6 en Gaius 3,127.

indien die anderen zich daartoe contractueel hadden verplicht.⁸ Ik wijs er daarbij op dat in de hierboven aangehaalde tekst (D. 3,5,42(43)), waarin een vordering uit zaakwaarneming wordt toegekend aan iemand die andermans schuld betaalt, uitdrukkelijk wordt medegedeeld dat die solvent ‘ten name van de debiteur’ moet hebben betaald; aan de borgstelling gaat een overeenkomst vooraf waarbij de borg *zichzelf* tot betaling verplicht, zodat hij, als hij wordt aangesproken tot betaling, in beginsel zijn eigen schuld voldoet. Dit lijkt de reden waarom de grote jurist Papinianus de hier aan de orde gestelde vraag op een geheel andere wijze lijkt te hebben benaderd dan Paulus (in D. 17,1,20,1):⁹

D. 17,1,28: ‘Papinianus zegt in het vierde boek van zijn *Vraagstukken* dat als een lasthebber van de debiteur betaalt, de debiteur niet van rechtswege is bevrijd (want op grond van de opdracht heeft hij aan zijn eigen verplichting en op eigen naam voldaan) en daarom meent hij dat de acties tegen de debiteur aan de lasthebber moeten worden gecedeerd’.

De schuld van de debiteur ging, zo benadrukt Papinianus, door betaling door de borg niet *van rechtswege* teniet en daarom, zo stelt hij vast, moest de crediteur zijn vordering op de debiteur aan de borg *cederen*. Dit lijkt een ietwat wonderlijke vaststelling, omdat de borg uit hoofde van de overeenkomst van lastgeving al een zelfstandige vordering (de *actio mandati*) tegen zijn lastgever, de debiteur, lijkt te hebben. De tekst behandelt echter een geval waarin van een dergelijke contractuele relatie tussen de borg en de debiteur geen sprake is. Deze vaststelling verdient enige nadere toelichting.

Men dient de tekst van D. 17,1,28 te lezen in samenhang met de onmiddellijk voorafgaande passage, te weten:¹⁰

D. 17,1,27,5: ‘Als je in opdracht van mij crediet hebt verschaft aan Titius en tegen mij op grond van lastgeving procedeert, dan kan ik niet anders worden veroordeeld dan nadat je de acties die je tegen Titius hebt aan mij hebt gecedeerd’.

8 Dit lijkt mij ook de verklaring van het gegeven dat een hoofdelijke mede-schuldenaar zich jegens de vordering van de schuldeiser niet kon beroepen op het feit dat één der andere hoofdelijke schuldenaren een voor compensatie vatbare tegenvordering op de schuldeiser had. De uitzondering betrof het geval waarin tussen de hoofdelijke mede-schuldenaren een maatschap bestond: ‘als twee hoofdelijke schuldenaren geen maten zijn, strekt aan de één niet tot voordeel wat de schuldeiser aan de andere hoofdelijke schuldenaar is verschuldigd’ (D. 45,2,10 (Papinianus): si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet).

9 Ulpianus, *libro decimo quarto ad edictum*: Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatore debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.

10 Gaius, *libro nono ad edictum provinciale*: si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

Het gaat in dit geval om een bijzondere borgtochtsfiguur, het zogeheten *mandatum pecuniae credundae*: de lastgever (lees: de borg) geeft opdracht aan de lasthebber (lees: de crediteur) om aan een derde (lees: de debiteur) crediet te verstrekken. Als de derde niet betaalt, is de lastgever (de borg) jegens de lasthebber (de crediteur) aansprakelijk uit hoofde van het contract. De borg kan echter slechts worden veroordeeld op voorwaarde dat de crediteur zijn vordering op de debiteur aan de borg cedeert. Dit vindt zijn verklaring in het gegeven dat bij een dergelijke, niet ongebruikelijke, vorm van borgtocht er in beginsel geen enkele contractuele relatie bestaat tussen de borg en de debiteur voor wie hij zich borg heeft gesteld. Onmiddellijk daarop volgt de 'lex Papinianus' (D. 17,1,28), waarin eveneens een dergelijke vorm van borgtocht wordt voorondersteld. De lasthebber (lees: de borg) betaalt aan de crediteur; door die betaling wordt de debiteur *niet* bevrijd en wel omdat de borg aan zijn eigen verplichting als 'borg' (lastgever) voldoet; er is – in beginsel – geen contractuele relatie tussen de 'borg' (lastgever) en de debiteur en daarom dienen de vorderingen van de crediteur aan de 'borg' (lastgever) te worden gecedeerd. Waar het Papinianus om ging was dat de debiteur niet *van rechtswege* was bevrijd door de betaling van de borg. Het ging Papinianus bovendien, naar mijn indruk, niet zozeer om het verhaal van de borg *op de debiteur*, als wel om de vraag of de borg zich kon verhalen *op de overige borgen*. Dán konden zich bovendien óók andere situaties voordoen waarin de borg niet beschikte over een op overeenkomst gebaseerd verhaalsrecht tegen de schuldenaar.

2.2 Regres op de overige borgen

Het was in het Romeinse zakenleven gebruikelijk om voor een bepaalde schuld meer dan één borg te verlangen en als dat het geval was, rees de vraag op welke wijze één van de borgen die de schuld in haar geheel had voldaan regres kon nemen op de overige. Óók hier golden de reserves die hierboven ter sprake zijn gebracht: het leek niet voor de hand te liggen om aan iemand die zijn eigen schuld had betaald daarvoor een verhaalsmogelijkheid op anderen te bieden, *tenzij* die anderen zich daartoe contractueel jegens de borg hadden verplicht. Het kwam inderdaad voor dat iemand zich jegens een borg contractueel verplichtte om zich voor andermans schuld borg te stellen. Een mooi voorbeeld van een situatie zoals die Papinianus in D. 17,1,28 voor ogen moet hebben gestaan vindt men in:¹¹

D. 17,1,21: 'Als ik mij op last van een ander voor jou borg heb gesteld, dan kan ik tegen jou geen vordering op grond van lastgeving instellen'.

11 Ulpianus, *libro quadragesimo septimo ad Sabinum*: cum mandatu alieno pro te fideiusserim, non possum adversus te habere actionem mandati.

In een geval als dit beschikt de tweede borg niet over een op overeenkomst gebaseerd verhaalsrecht tegen de debiteur voor wie hij zich borg heeft gesteld, maar slechts over een verhaalsrecht tegen degene in wiens opdracht hij zich borg heeft gesteld. Als nu zo'n contractuele relatie tussen de borgen ontbreekt, hetgeen niet zelden het geval zal zijn geweest, rijst de vraag of – en, zo ja, op welke wijze – de borg die heeft betaald regres kan nemen op de overige borgen. Ook hier lijkt het – zeker voor de huidige jurist – voor de hand te liggen de eenvoudige weg te kiezen: de borgen zijn ten gevolge van de betaling door één van hen van hun aansprakelijkheid bevrijd en zij zijn daarom verrijkt ten koste van één hunner. Deze kan daarom de overige borgen aanspreken met de vordering op grond van zaakwaarneming (*actio negotiorum gestorum*). Het lijkt inderdaad, zeker gelet op hetgeen hierboven werd vastgesteld omtrent het verhaalsrecht van de borg op de debiteur, óók naar Romeinse begrippen voor de hand te hebben gelegen, maar zo eenvoudig lag het niet, zeker niet bij het regres op de andere borgen. Óók hier speelde de gedachte een rol dat een borg die heeft betaald, niet heeft voldaan aan de schuld van anderen (de overige borgen), maar aan *zijn eigen schuld* en dat hij daarom *per definitie* géén verhaalsrecht heeft op de andere borgen. Een en ander vindt zijn bevestiging in een rescript van keizer Alexander Severus (de pupil van Ulpianus) uit het jaar 229:¹²

C. 8,40(41),11: 'Als één van de borgen de hele schuld betaalt, heeft hij geen actie tegen hem die zich tegelijk met hem borg heeft gesteld (1) Maar U had natuurlijk, toen U aan de 'fiscus' betaalde, kunnen eisen dat het pandrecht dat de fiscus had aan U werd overgedragen en als dat is gebeurd, had U van de gecedeerde acties gebruik kunnen maken, *hetgeen óók gebruikelijk is bij gewone schulden*'.

De borg die heeft betaald, heeft, zo wil het de constitutie, *van rechtswege* geen enkel verhaal op zijn mede-borgen en dus kan dat slechts worden gerealiseerd langs de weg van cessie van acties.¹³ Die verhaalsmogelijkheid lijkt haar oorsprong te hebben gevonden in de aansprakelijkheid van voogden (*tutores*). Het was, evenals bij borgtocht, onder Romeinen gebruikelijk om verschillende personen tot voogd te benoemen. Ieder van hen was met de *actio tutelae* jegens

12 Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciatur, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit. 1. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut ius pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. *Quod et in privatis debitis observandum est* (229) (cursivering toegevoegd).

13 Vgl. ook D. 46,1,39: 'Er dient géén actie te worden gegeven dat een borg tegen een mede-borg procedeert. En dus, als twee borgen hetzelfde verschuldigd zijn, terwijl de één door de crediteur is gekozen en het geheel heeft betaald en *de vorderingen niet aan hem zijn gecedeerd*, kan de ander niet door de crediteur en niet door de mede-borg worden aangesproken' (Modestinus, *libro secundo Regularum*: ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est. ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis cum alter electus a creditore totum exsolvit *nec ei cessae sint actiones*, alter nec a creditore nec a confideiussore convenietur) (cursivering toegevoegd).

de pupil hoofdelijk aansprakelijk voor het door hen gezamenlijk gevoerde beheer van het vermogen van de pupil. Tussen de voogden onderling bestond echter – in beginsel – géén contractuele rechtsbetrekking en daarom rees de vraag op welke wijze een voogd die door de pupil was uitgewonnen regres kon nemen op de overige voogden.¹⁴ Men vond hiervoor de oplossing dat de voogd zich de actie van de pupil tegen de andere voogden liet cederen, zodat de voogd als cessionaris van de de pupil verhaal kon nemen op de overige voogden die naast hem aansprakelijk waren. Uiteraard rees de vraag op welk tijdstip die cessie diende plaats te vinden, want was het niet zo dat er, als er was betaald vóórdat de vordering was gecedeerd, niets meer te cederen viel omdat de vordering (en daarmee de actie) teniet was gegaan door betaling? De vraag staat centraal in:¹⁵

D. 46,3,76: 'Modestinus heeft het advies gegeven dat, als de acties enige tijd later zijn gecedeerd dan dat waarop een onvoorwaardelijke betaling heeft plaats gevonden van alles wat op grond van de voogdij is verschuldigd, de cessie geen enkel gevolg heeft, omdat er geen enkele actie meer bestaat: maar dat, als dat vóór de betaling is geschied, of, als er is overeengekomen dat de acties zouden worden gecedeerd en er toen was betaald en vervolgens gecedeerd, de acties onverlet blijven, daar er toch in het laatste geval veeleer een prijs lijkt te zijn betaald voor de gecedeerde acties dan een actie die [door betaling] teniet is gegaan'.

Het betoog van Modestinus is gebaseerd op de vooronderstelling dat een schuld *van rechtswege* teniet gaat als één van de voogden betaalt, maar was dat ook inderdaad het geval? De voogd immers was aansprakelijk *in zijn hoedanigheid van voogd*, dat wil dus zeggen dat hij, als hij had betaald, niet *andermans* schuld, maar zijn eigen schuld had voldaan en het lag daarom niet voor de hand aan te nemen dat die van de andere voogden daardoor *van rechtswege* teniet ging.

Anders dan een borg die had betaald, hadden voogden die waren uitgewonnen door een pupil nog een andere mogelijkheid van regres dan alléén die gebaseerd op cessie van acties: zij beschikten tevens over de mogelijkheid om met een 'bijzonderlijk op hun geval toegesneden actie uit zaakwaarneming'

14 De pupil was per definitie aansprakelijk ten opzichte van de voogd voor de onkosten die deze ten behoeve van de pupil had gemaakt: zie daarover de gehele Digestentitel 27,4. Als de voogd schulden van de pupil had betaald, was er dus geen cessie van acties nodig teneinde verhaal op de pupil te kunnen nemen: dáárvóór beschikte de voogd over de *actio tutelae contraria*.

15 Modestinus, *libro sexto Responsorum*: Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit: quod si ante solutionem hoc factum est vel, cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur.

(*actio negotiorum gestorum utilis*) op te treden tegen de andere voogden.¹⁶ Men heeft zich sinds de Middeleeuwen het hoofd gebroken over de vraag waarom dat bij voogden wel zo was en bij borgen niet; de meest voor de hand liggende verklaring is dat voogdij een *munus publicum* is dat niet kan worden geweigerd, terwijl men borgtocht vrijwillig op zich neemt. Dat verklaart waarom het recht voogden gunstiger is gezind dan borgen.

Er is hierboven al op gewezen dat het *om dezelfde reden* niet voor de hand lag dat een borg regres had op de andere borgen en dat daarom moest worden gewerkt met de omweg van cessie van acties. Daartoe was echter een bijzondere rechtshandeling vereist, want die cessie geschiedde niet van rechtswege: er was – nog – géén sprake van subrogatie, dat wil zeggen cessie uit kracht der wet. Dan rijst de lastige vraag of er nog na betaling gecedeerd kan worden. Modestinus geeft daarop een ontkennend antwoord, maar Papinianus acht die mogelijk. De uiteenzetting van Papinianus in D. 17,1,28 wordt bevestigd door zijn (iets jongere) tijdgenoot Paulus die het volgende opmerkt:¹⁷

D. 46,1,36: 'Als iemand, die een schuldenaar en borgen heeft, na van één van de borgen de verschuldigde som in ontvangst genomen te hebben, de acties overdraagt, zou men kunnen zeggen dat er geen meer zijn en wel omdat hij het zijne heeft ontvangen en allen door de inontvangstneming zijn bevrijd. Maar dat is niet zo, want hij heeft het niet ontvangen ten titel van delging van een schuld, maar hij heeft als het ware de vordering op zijn debiteur verkocht en daarom heeft hij de acties en wel omdat hij daartoe gehouden is, dat wil zeggen dat hij de acties overdraagt'.

Er bestond dus, zo kan samenvattend worden vastgesteld, een meningsverschil onder de 'klassiek'-Romeinse juristen over de rechtsgevolgen van een betaling door iemand die zich voor de schuld van een ander borg had gesteld: Papinianus, Paulus en Ulpianus zagen daarin niet de betaling van de schuld van een ander, maar slechts de voldoening aan een zelfstandige verplichting, terwijl Modestinus die zag als de betaling van de schuld van een ander. Aan het laatstgenoemde standpunt is – noodzakelijkerwijze – de gevolgtrekking verbonden dat de borg die heeft voldaan zich op grond van zaakwaarneming kan verhalen op de debiteur en, natuurlijk, de andere borgen, want iemand die *andermans* schuld heeft betaald kan zich met de *actio negotiorum gestorum* verhalen op de debiteur die daardoor is verrijkt.¹⁸ Uit het eerstgenoemde standpunt, dat van Papinianus (en dat van de Romeinse wetgever in

¹⁶ Zie hiervoor C. 5,58,2 en D. 27,3,1,13.

¹⁷ Paulus, *libro decimo quarto ad Plautium*: cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.

¹⁸ D. 3,5,42(43); zie daarvoor hierboven bij noot 5.

C. 8,40(41),11), vloeit voort dat een dergelijke – verrijdingsrechtelijke – benadering is uitgesloten en dat *daarom* het verhaal van de borg slechts kan worden bewerkstelligd langs de weg van cessie van de vordering van de crediteur. De beide benaderingen sluiten elkander dus uit: *ofwel* men kiest voor een verrijdingsrechtelijke benadering (die van Modestinus), *ofwel* men kiest voor die van de cessie van acties (de zienswijze van Papinianus).

Het verhaalsrecht van ‘gewone’ hoofdelijke schuldenaren wordt aan de orde gesteld in een constitutie uit 287, afkomstig van de keizers Diocletianus en Maximianus.¹⁹

C. 8,39,1 (40,2): ‘Een crediteur kan, als er twee hoofdelijke schuldenaren zijn, niet worden verhinderd de schuld op te eisen van degeen die hij wil. (1) En daarom zal de provincie-gouverneur, indien U hebt weten te bewijzen dat U als hoofdelijk debiteur bent aangesproken en hebt betaald, niet aarzelen U te hulp te schieten jegens degene met wie U gezamenlijk een geldsbedrag hebt geleend’.

Het rescript is overgenomen in de Codex Justinianus²⁰ en heeft latere generaties voor grote problemen geplaatst. De keizers immers erkennen een verhaalsrecht, maar geven niet aan op welke wijze, dat wil zeggen met welke actie of acties, dat kan worden afgedwongen²¹ en al evenmin wat de nauwkeurige reikwijdte van de bepaling is: geldt zij, bijvoorbeeld, óók voor hoofdelijke borgen, of blijft het, voor wat *deze* betreft, bij de constitutie van 229 (C. 8,40(41),11), waarin met zoveel woorden staat bepaald dat borgen géén verhaal op elkander konden nemen, zodat het slechts langs de weg van cessie van acties kon worden bewerkstelligd?

3 HET GEMENE RECHT

Omdat de wet (C. 8,39,1 (40,2)) zweeg over de aard van de regresactie die de hoofdelijke schuldenaar tegen de overige hoofdelijke schuldenaren had, komt die vraag uitvoerig aan de orde in de Accursische glosse. Daarin wordt op verschillende mogelijkheden gewezen. Als er een contractuele rechtsbetrekking tussen de hoofdelijke schuldenaren bestaat, kan het verhaal natuurlijk daarop

19 Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi eiusdem pecuniae, a quo velit. (1) Et ideo, si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae iuvare te adversus eum, cum quo communiter pecuniam accepisti, non cunctabitur.

20 Er is iets bijzonders aan de hand met deze constitutie, die in de middeleeuwse traditie niet als eerste bepaling in de Codextitel 8,39 ‘Over hoofdelijke schuldeisers en schuldenaren’ (*De duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi*) was geplaatst, maar als tweede bepaling in titel 8,40 ‘Over borgtocht’ (*De fideiussoribus et mandatoribus*). De mij ter beschikking staande ruimte verbiedt het mij daarop hier in te gaan.

21 Zie de Gl. ‘Creditor’ op C. 8,39,1 (40,2): ‘Maar zij geeft niet aan met welke actie’ (sed non aperit qua actione).

worden gebaseerd. De Glosse dacht daarbij, net als de Romeinse juristen zelf, voornamelijk aan de *actio mandati* (lastgeving) en de *actio pro socio* (maatschapsactie). Maar wat, als er een dergelijke contractuele rechtsbetrekking *niet* bestond? In dit geval bestond, natuurlijk, de mogelijkheid dat de hoofdelijke schuldenaar zijn crediteur had verzocht hem de acties te cederen die deze tegen de schuldenaar en diens borgen had. Justinianus nu had in 535 aan hoofdelijke borgen uitdrukkelijk het recht toegekend om betaling te weigeren als de crediteur niet bereid was om die acties te cederen; nadien kan daarom van het ‘voorrecht van cessie van acties’ (*beneficium cedendarum actionum*) worden gesproken.²²

Ik voeg er, wellicht niet ten overvloede, terzijde aan toe dat daardoor de positie van de borg aanzienlijk werd versterkt. Vóórdien was hij, in ieder geval voor wat betreft zijn verhaal op de medeborgen, aangewezen op de welwillendheid van de crediteur: die kon hem de cessie van acties weigeren. Het is weliswaar denkbaar dat een dergelijke weigering, als die werd gedaan bij een aanbod van betaling door de borg, werd aangemerkt als *doleus* en dat de cessie van acties werd afgedwongen via de omweg van de *exceptio doli*,²³ maar een *recht* op cessie had de borg vóór 535 niet. Ik vermoed daarom dat de introductie van het ‘voorrecht van cessie van acties’ samenhangt met het door Justinianus in 531 geïntroduceerde *beneficium divisionis* (‘voorrecht van schuldplitsing’).²⁴

Het ‘voorrecht van cessie van acties’ is niet uitdrukkelijk aan *alle* hoofdelijke schuldenaren verleend, maar de mogelijkheid bestond natuurlijk dat de crediteur zijn vorderingen op diens verzoek aan de hoofdelijke schuldenaar had gecedeerd. Wat echter als er was betaald, zonder dat de solvent zich de acties van de crediteur had laten cederen en noch de *actio mandati*, noch de *actio pro socio*, noch enige andere actie kon worden ingesteld die voortvloeide uit een bijzondere rechtsbetrekking tussen de solvent en de andere hoofdelijke debiteuren?²⁵ Welke actie kon de solvent in een dergelijk geval nog instellen?²⁶ Er waren geleerden die de opvatting waren toegedaan dat er in een dergelijk geval géén regresmogelijkheid bestond, maar de Accursische glosse verwerpt dat standpunt en wijst op de mogelijkheid van de actie uit zaakwaarneming, de *actio negotiorum gestorum* en wel omdat de debiteur door toedoen van de solvent was verrijkt.²⁷ De vraag was nu of dit rechtsmiddel óók beschikbaar was voor een hoofdelijke *borg* die de gehele schuld had voldaan, zonder zich op het *beneficium cedendarum actionum* te beroepen.

22 Nov. 4,1.

23 Dit lijkt mij de achtergrond van de bepaling van C. 8,40(41),2.

24 C. 4,18,3.

25 Gl. ‘Iuvare’ C. 8,39(40),1: ‘Quid si nec fuit cessa?’.

26 Gl. ‘Iuvare’ C. 8,39(40),1: ‘Quae actio locum habet?’.

27 Gl. ‘Iuvare’ C. 8,39(40),1: ‘Quidam dicunt nullam (...) Tu dicas negotiorum gestorum, nam licet suam obligationem dissolverit, tamen et alium liberaverit’.

‘Als één van de borgen de hele schuld betaalt, heeft hij geen actie tegen hem die zich tegelijk met hem borg heeft gesteld’, zo stond uitdrukkelijk vermeld in C. 8,40(41),11. De Accursische glosse werpt de vraag op of desondanks een actie uit zaakwaarneming kan worden ingesteld. Zij beantwoordt haar ontkennend en wel omdat betaling door een borg volgens de Glosse *niet* dient te worden beschouwd als de betaling van andermans schuld; zij beroept zich daarvoor uitdrukkelijk op D. 17,1,28 (de ‘lex Papinianus’).²⁸ Er werd dus een onderscheid gemaakt tussen de wijze waarop het verhaal van ‘gewone’ hoofdelijke schuldenaren werd geconstrueerd en die waarop het verhaal van een hoofdelijke borg kon worden gebaseerd: de eerstgenoemden hadden ofwel een contractsactie, ofwel een op ongerechtvaardigde verrijking gebaseerde actie uit zaakwaarneming en daarenboven nog de mogelijkheid om krachtens een uitdrukkelijk daartoe strekkend beding cessie van acties te verkrijgen; de borg beschikte slechts over de laatste mogelijkheid. Bij de cessie van acties rees het hierboven reeds benadrukte probleem: wat te doen als er niet voorafgaande aan of op het moment van de betaling, maar nadien om cessie werd gevraagd? Modestinus achtte in een dergelijk geval cessie onmogelijk; Papinianus liet haar toe.

De middeleeuwer had geen andere mogelijkheid dan te proberen de beide teksten met elkander in overeenstemming te brengen, want voor hem behelsde het Corpus Iuris geldend recht. De Accursische glosse lost het probleem op door te stellen dat er twee gevallen zijn waarin de acties van de schuldeiser nog na betaling (*ex intervallo*) aan de solvent kunnen worden gecedeerd: als de solvent bij de betaling heeft gesteld dat hij aan de schuldeiser betaalt op voorwaarde dat hem diens acties worden gecedeerd (‘solvo ut cedas’),²⁹ of dat er voorafgaande aan de betaling een daartoe strekkende overeenkomst tussen de solvent en de crediteur is gesloten.³⁰ Dat ging Bartolus (1313-1357) en zijn leermeester Dynus³¹ nog niet ver genoeg. Hij meende,³² op grond van D. 17,1,28 (de ‘lex Papinianus’), dat iemand die ‘accessoir’ (*accessorie*) aansprakelijk was, zoals bijvoorbeeld een borg, moest worden verondersteld bij de betaling *niet* te hebben willen voldoen aan de verplichting van de debiteur zelf, maar aan zijn eigen, accessoire, verplichting (namelijk die om *als borg* te voldoen), zodat de schuld van de debiteur door die betaling niet

28 Gl. ‘Non competit’ op C. 8,40(41),11: ‘quod fideiussor solvendo pro reo non liberat reum ipso iure, ut ff Mandat. l. Papinian. quia nec est proprie solutio’.

29 Zie de Gl. ‘In solutum’ op D. 46,1,36(37).

30 Zie de Gl. ‘Nulla actio’ op D. 46,3,76. In de Gl. ‘Et ideo habet’ op D. 46,1,36(37) wordt nog opgemerkt dat de solvent, als hij heeft vergeten een dergelijk beding te maken, na betaling altijd nog over een ander rechtsmiddel beschikt, te weten de actie uit zaakwaarneming. Ik wijs er, ter vermijding van misverstanden, op dat *die* mogelijkheid, gelet op de bepaling van C. 8,40(41),11, slechts open stond voor een gewone hoofdelijke schuldenaar, *niet* voor een borg. Zie ook hieronder noot 50.

31 Zie diens commentaar op D. 46,3,76 (de ‘lex Modestinus’).

32 Zie Bartolus in zijn commentaar op D. 46,3,76 (de ‘lex Modestinus’); in de mij ten dienste staande editie (Turijn 1583) onder no 4.

van rechtswege teniet ging. Dáárom kon de actie tegen de debiteur ook nog nadien aan de solvent worden gecedeerd, zelfs als hij niet vóórdien iets dergelijk was overeengekomen, of bij de betaling tot uitdrukking had gebracht dat die onder voorwaarde van een latere cessie geschiedde.³³ Dit betekende dat een latere cessie alléén was uitgesloten indien een ‘gewone’ hoofdelijke debiteur zijn eigen schuld (dezelfde als die van de andere hoofdelijke schuldenaar) had voldaan zonder – ofwel vooraf, ofwel ten tijde van de betaling – te bedingen dat de crediteur hem zijn vordering tegen de andere debiteur moest cederen.³⁴ Hierbij is het heel lang gebleven,³⁵ totdat aan het einde van de zestiende en in de zeventiende eeuw nieuwe paden werden betreden in Frankrijk en in Holland.

4 DE ROOMS-HOLLANDSE TRADITIE EN HET ‘ANCIEN DROIT FRANÇAIS’

Beschikt een borg, ook nadat hij heeft betaald aan de crediteur, zonder met deze afgesproken te hebben dat hem diens vorderingen zullen worden gecedeerd, over de mogelijkheid die vergissing ongedaan te maken en alsnog te verzoeken om cessie van die acties? De vraag wordt uitvoerig besproken door Johannes Voet in zijn ooit beroemde *Commentarius ad Pandectas*.³⁶ Een bevestigend antwoord op de zojuist gestelde vraag is, zo stelt hij vast, niet alleen in flagrante strijd met de bronnen (D. 46,3,76 (de ‘lex Modestinus’)), maar ook met de rede: men kan zich geen vorderingen laten cederen die reeds (door betaling) teniet zijn gegaan.³⁷ Niemand minder dan Hugo de Groot was van hetzelfde gevoelen.³⁸ Het moet de lezer die van het middeleeuwse debat heeft kennis genomen opvallen dat er hier sprake is van een leerstellige simplificatie. De rechtspraak wist beter, zoals blijkt uit een uitspraak van het voormalige Hof van Holland in de zaak van Floris Adriaansz tegen Claas Aalbrechtsz.³⁹ Aan de uitspraak liggen de navolgende feiten ten grondslag:

Een zekere Lenaard Jansz. had een door een hypotheek en borgtocht verzekerde vordering op Cornelis Symonsz. De crediteur sprak de borg, Floris

33 Voor dit laatste geval was reeds in de Glosse (zie de Gl. ‘Et ideo habet’ op D. 46,1,36(37)) vastgesteld dat, indien er inderdaad géén cessie was gevolgd, het door de solvent betaalde door hem met een ‘condictie’ kon worden teruggevorderd.

34 Zo ook Bartolus in zijn commentaar op D. 46,3,76 (de ‘lex Modestinus’).

35 Zie bijvoorbeeld de vijftiende-eeuwse jurist Paulus de Castro (†1441), een zeer gezaghebbend auteur, in zijn commentaar op D. 46,3,76 (de ‘lex Modestinus’); in mijn editie (Venetië 1582) onder no 3.

36 Voet, *Commentarius* (ed. Genève 1757) ad D. 46,1, onder no 30.

37 Voet, t.a.p.: Si enim post solutum sine ullo pacto totum, quod debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione agitur, cum nulla actio ultra supersit, solutione extincta (volgt verwijzing naar D. 46,3,76).

38 Zie *Inleidinge* 3,3,31: ‘voor de betalinghe (niet daer nae)’ (cursivering toegevoegd).

39 Neostadius, *Utriusque Hollandiae, Zeelandiae, Frisiaeque Curiae Decisiones*, ed. ’s Gravenhage 1667, no 12 (p. 49).

Adriaansz., aan en verkreeg van deze betaling en wel zonder dat de borg zich had beroepen op het *beneficium cedendarum actionum*, noch daaromtrent enige afspraak met de crediteur had gemaakt. Twee maanden later blijkt Cornelis failliet te zijn verklaard, reden waarom Floris verzoekt om cessie van de door hypotheek verzekerde vordering van Lenaard. Nadat die aan hem is gecedeerd, tracht hij zich te verhalen op Claas Aalbrechtsz., de bezitter van de voor de schuld van Cornelis verhypothekerde zaak. De vraag was nu of de vordering en dus ook de hypotheek teniet waren gegaan door de betaling van de borg, zodat de cessie als nietig moest worden beschouwd.

Het Hof van Holland heeft de zaak beslist op basis van de ‘lex Papinianus’ (D. 17,1,28) en – zo is mijn stellige indruk – Bartolus’ opvattingen daaromtrent. Het verwerpt namelijk uitdrukkelijk de stelling dat er, nadat er was betaald door een borg die geen beroep op het *beneficium cedendarum actionum* had gedaan, niets meer zou vallen te cederen omdat door diens betaling de verbintenis teniet zou zijn gegaan. Het Hof nam daarentegen, onder uitdrukkelijke verwijzing naar D. 17,1,28 (de ‘lex Papinianus’), aan dat de borg nadien nog steeds kon verzoeken om cessie van de vordering van de crediteur, *tenzij* hij uitdrukkelijk voor de debiteur had betaald, maar als iets dergelijks niet was gesteld moest worden uitgegaan van de presumptie dat een borg niet voor de debiteur had betaald, maar voor zichzelf (*pro suo*), dat wil zeggen in zijn kwaliteit van borg, zodat hij ook nadien, zelfs zonder enig daartoe strekkend beding, om cessie van de vordering van de crediteur kon verzoeken.⁴⁰ Dit komt overeen met hetgeen Bartolus hieromtrent had geleraard. De uitspraak behelst dus geen revolutionaire breuk met de gemeenrechtelijke traditie: hij bevestigt die veeleer.

De hierboven besproken zaak heeft een (bescheiden) rol gespeeld in de Nederlandse rechtsgeschiedenis en wel omdat zij is gebruikt ter onderbouwing van een standpunt waarover het Hof van Holland zich in het geheel niet heeft uitgelaten. Sterker nog: ten bewijze van een stelling die het Hof, gelet op de inhoud van zijn beslissing, met kracht van zich zou hebben gewezen. Het gaat om de overtuiging dat er in het geheel geen cessie nodig zou zijn om de solvent, met gebruikmaking van de actie van de crediteur, tegen de principale debiteur op te kunnen laten treden: die cessie zou *van rechtswege* plaatsvinden, dat wil dus zeggen door middel van wat wij tegenwoordig *subrogatie* noemen. Dit was het gevoelen dat werd verwoord door Simon van Groenewegen (1613-1652) in zijn ‘Tractaat over afgeschafte en in onbruik geraakte bepalingen (uit

40 Na al deze rechtsoverwegingen stelde het Hof feitelijk vast dat, gelet op alle omstandigheden van het geval (zoals wij nu zouden zeggen), de borg *niet* voor zichzelf, maar uitdrukkelijk ten behoeve van de debiteur had betaald, zodat zijn vordering werd afgewezen. Zie Neostadius, a.w. no 12 (p. 51): ‘Ende mitsdien was genoegzaam decisoir *nobilis glossa, quam D.D. reputant singularem, in l. Papinianus 28, ff mandati.litt. Et sic pro reo iudicatum est, qui per sententiam absolutus fuit*’.

het Corpus Iuris').⁴¹ In zijn opmerkingen bij de bepaling van C. 8,40(41),¹¹⁴² merkt hij op dat in Frankrijk in zijn tijd géén cessie meer nodig zou zijn, omdat die daar van rechtswege plaats zou vinden. Dat is, zo vindt hij, ook 'in overeenstemming met de eenvoud van onze gewoonten' (*a morum nostrorum simplicitate non alienum*).⁴³ Dit standpunt werd niet door iedereen gedeeld, maar het verduidelijkt dat de panelen aan het verschuiven waren. Groenewegen's stad- en tijdgenoot, Simon van Leeuwen (1626-1682), besteedt uitvoerig aandacht aan het hier aan de orde zijnde vragencomplex in zijn *Censura forensis*.⁴⁴ Hij verkondigt daar een standpunt dat nog steeds het Zuid-Afrikaanse is: de overgang van de vordering vindt weliswaar niet van rechtswege plaats, maar er kan te allen tijde – ook geruime tijd nadat er al betaling heeft plaatsgevonden – om cessie worden gevraagd.⁴⁵

Uiteraard bleef er getwist worden over de vraag of er nog geruime tijd na de betaling door de borg om cessie van actie kon worden gevraagd, zoals óók was betoogd door Joannes van der Sande (1568-1638), auteur van een zeer gezaghebbend tractaat over cessie.⁴⁶ De beroemde Friese jurist Ulrik Huber (1636-1694) deelde die opvatting *niet*, omdat hij van mening was dat de vordering door betaling door de borg teniet was gegaan, zodat er nadien niets meer te cederen viel.⁴⁷ In de door mij gebruikte, voor de Duitse markt bestemde, editie van Hubers *Praelectiones* vindt men daarbij echter enige kritische kanttekeningen van de hand van niemand minder dan de bekende natuurrechtsgeleerde Christian Thomasius (1655-1728), die ook de eerste Duitse druk had bezorgd. Daaruit blijkt dat destijds óók in Duitsland stemmen op waren gegaan die de cessie zelfs overbodig achtten.⁴⁸ Thomasius (géén groot vriend van een al te conservatieve uitleg van het Romeinse recht) wijst er – onder verwijzing naar de opinie van Groenewegen – weliswaar op dat men niet al te snel moet aannemen dat een regel van Romeins recht buiten werking is gesteld, maar voegt daar later, in de tweede druk, aan toe dat het *beneficium cedendarum*

41 Simon à Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis*, ed. Leiden 1649, ad D. 46,3,76 (de 'lex Modestinus').

42 Zie daarvoor hierboven bij noot 12.

43 T.a.p. onder no 3. Hij wijst er daar echter óók op dat het 'veiliger' (*tutius*) is om tóch maar om cessie te vragen; uiteraard acht hij die ook mogelijk nadat er reeds is betaald.

44 Simon van Leeuwen, *Censura forensis*, ed. Leiden 1688, Pars I, Lib. IV, Cap. XVII no 25 (p. 373-375).

45 Zie voor het Zuid-Afrikaanse recht *Turkstra v. Massyn* 1959 1 SA 40(T) en S. Scott, *The Law of Cession* (2d ed.), Kaapstad/Johannesburg 1991, p. 218 e.v., die haar voorkeur uitspreekt voor een systeem van subrogatie.

46 Joannes van der Sande, *Tractatus de actionum cessione* (in *Commentarii duo singulares*, Groningen 1681) cap. 7, no 11 en 12 (p. 35 – 36).

47 Ulrik Huber, *Praelectiones Juris Civilis* I, ed. Leipzig 1725, ad Inst. 3,21 onder no 8. 'nec idcirco aliud dici potest, quam cessionem obligationis extinctae nullius esse momenti' (tegen Van der Sande).

48 Thomasius verwijst met name naar Johann Jacob Wissenbach (1607-1665), in leven hoogleraar te Groningen en Franeker. Ik was, door de alleszins beroerd te noemen wijze van verwijzing van Thomasius, niet in staat de vindplaats te traceren waarnaar hij 'verwijst'.

actionum óók vreemd zou zijn aan de ‘simplicitas’ van het Duitse recht, hetgeen impliceert dat naar zijn gevoelen de cessie van acties van rechtswege plaatsvond.

Groenewegen beriep zich voor zijn gevoelen, inhoudende dat naar het destijds in Holland geldende recht geen cessie van actie meer nodig zou zijn, óók op een beroemde Franse auteur, te weten Bertrand d’Argentré (1519-1590), die in zijn commentaar op de ‘Coutumes de Bretagne’ enige beschouwingen wijdt aan het verhaalsrecht van een borg.⁴⁹ D’Argentré baseert zich daarin voornamelijk op het Bartolistische standpunt, maar hij merkt óók op dat dit aanleiding geeft tot, wat hij noemt, ‘al te subtiële rechtsgeleerdheid’ (*nimum subtilis iurisprudencia*) en ‘letterknechterij’ (*ex apicibus agere*). Daarom stemt hij in met de mogelijkheid om aan een borg in een dergelijk geval eenvoudigweg een *actio negotiorum gestorum utilis* te geven, dat wil dus zeggen een bijzondere toepassing van de vordering uit zaakwaarneming.⁵⁰ In de marge van *dit* betoog liet zijn bewerker, zijn zoon Charles, drukken dat ‘tegenwoordig geen cessie meer nodig is’.⁵¹

Het is soms, in het bijzonder bij Argentré, onduidelijk *welke* actie of acties ‘van rechtswege’ aan de borg toekomen: gaan de acties van de crediteur door betaling ‘van rechtswege’ over op de borg, of beschikt deze ‘van rechtswege’ over een *actio negotiorum gestorum utilis*, zodat dáárom ‘geen cessie meer nodig is’. Naar wij nog zullen zien,⁵² was het in Frankrijk gebruik geworden om – in strijd met het Romeinse recht (C. 8,40(41),11) – een dergelijke zaakwaarnemingsactie tegen de overige borgen toe te laten. Bij die stand van het toenmalige recht lijkt inderdaad aan een wettelijk regresrecht op basis van cessie van acties (of, zo men wil, subrogatie) geen behoefte meer te bestaan. Ik kan mij dan ook niet aan de indruk onttrekken dat dit de strekking is geweest van de, bij nadere beschouwing dus enigszins cryptische zin dat ‘tegenwoordig geen cessie meer nodig is’. Inderdaad leek daardoor het oeroude en inderdaad met al te veel *subtilitates iuris* gepaard gaande debat over de vraag of de borg nog na betaling om cessie van de vorderingen kon vragen veel van zijn betekenis te hebben verloren: ‘het ging’, zoals men tegenwoordig pleegt te zeggen, ‘nergens meer over’. De borg had immers, ook zonder cessie, een verhaalsrecht op de overige borgen, te weten de *actio negotiorum gestorum utilis*.

Voet verzet zich op principiële gronden tegen betogen als die van Groenewegen en Van der Sande, maar legt zich uiteindelijk neer bij de uitspraak van

49 B. d’Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, ed. Parijs 1660, Art. 213, gl. 2, no 4.

50 Hij beroept zich daarvoor op de hierboven, in noot 30, reeds gememoreerde Gl. ‘Et ideo’ op D. 46,1,36. Dat is sterk, want dat rechtsmiddel stond nu juist, krachtens het in C. 8,40(41),11 bepaalde, *niet* ter beschikking van de borg. Dat wist ook de Glosse: zie de Gl. ‘Quaque actione’ op D. 3,5,29(30) en de Gl. ‘Non est’ op D. 46,1,39. Zie ook het hierboven bij noot 16 opgemerkte.

51 T.a.p.: Hodie non est opus cessione. Deze marginale glosse komt in de Parijse editie uit 1608 van hetzelfde werk *niet* voor.

52 Zie bij noot 56.

het Hof van Holland: ook ná betaling kan een borg nog van de schuldeiser vragen om cessie van de acties tegen de overige borgen. Dit betekent in feite dat de borg zich *als hij dat wil* te allen tijde de vorderingen van de schuldeiser kan laten cederen. Van hier is het inderdaad nog maar een kleine stap naar de vaststelling dat de vorderingen van de schuldeiser tegen de andere borgen door betaling *van rechtswege* door subrogatie overgaan op de solvent. Dáárvoor nu was, in het hier aan de orde zijnde geval, in Frankrijk al in 1555 gepleit door de beroemde jurist Charles Dumoulin (Molinaeus (1500-1566)).⁵³ Zijn betoog (dat geheel was gewijd aan een – zoals altijd bij Dumoulin – tamelijk eigenzinnige uitleg van de ‘lex Modestinus’ (D. 46,3,76)) valt vrij eenvoudig weer te geven: iedere borg die een schuld in haar geheel voldoet, moet worden geacht te hebben bedongen dat hem de vorderingen van de crediteur worden gecedeerd, zodat door de betaling de vorderingen van de crediteur automatisch op hem overgaan.⁵⁴ ‘Cette opinion de Dumoulin’, schrijft Pothier, ‘n’a pas prévalu, et l’on a continué d’enseigner dans les écoles, et de pratiquer au barreau, qu’un codébiteur solidaire, de même que les cautions, et tous ceux que payent ce qu’ils devoient avec d’autres ou pour d’autres, n’étoient subrogés aux actions du créancier *que lorsqu’ils avoient requis la subrogation*’.⁵⁵ Pothier zelf baseert zich, voor wat betreft de hier aan de orde zijnde vragen, op de ‘lex Modestinus’ (D. 46,3,76) en verkondigt een standpunt dat ten onzent door Voet en Huber (maar niet door de Hollandse rechtspraak en praktijk) werd verdedigd: men kan zich geen vorderingen laten cederen die reeds (door betaling) teniet zijn gegaan. Dan rest de borg nog slechts zijn actie op grond van zaakwaarneming tegen de debiteur en de overige borgen, die door hem – anders dus dan in het Romeinse recht – geheel gelijk worden gesteld aan gewone hoofdelijke schuldenaren. Pothier namelijk acht de bepaling van C. 8,40(41),11 niet meer van toepassing in Frankrijk en kent dus aan de borg die heeft betaald, naast de mogelijkheid die deze heeft om te vragen om cessie van de vorderingen van de crediteur, een *actio negotiorum gestorum utilis* toe tegen de overige borgen.⁵⁶

53 Carolus Molinaeus, *Omnia quae extant opera* III, Parijs 1681, *Prima lectio Dolana* (ad leg. Modestinus), p. 387 e.v.

54 Molinaeus, a.w. onder no 23: (...) censetur tacite pacisci de omni alio iure suo reservando seu sine praeiudicio iuris sui in aliis, id est, reservato iure cessionis et sic semper inest tacitum pactum, cum hoc sit de natura actus: cui numquam eiam per expressas generales renuntiationes censetur renunciari.

55 *Traité des obligations* no 280 (in *Oeuvres de Pothier* III, Parijs 1818, p. 182) (cursivering toegevoegd).

56 Pothier, a.w. no 282 (p. 189); vergelijk ook a.w. no 445 (p. 340 e.v.).

5 CONCLUSIE

Pothier is enige jaren geleden, bij de viering van de 'bicentenaire' van de Code civil in 2004, in Frankrijk nog uitvoerig gefêteerd als de 'auteur anonyme du Code'. Daar schuilt, vooral voor wat het verbintenissenrecht betreft, veel waarheid in, maar de samenstellers van de Code hebben nu juist in het hier aan de orde zijnde geval niet *zijn* opvattingen overgenomen, maar die van Dumoulin.⁵⁷ Diens standpunt werd neergelegd in art. 1251, 3° Cc. Tegelijkertijd werd art. 1214 Cc, in navolging van Pothier, de 'gewone', op zaakwaarneming gebaseerde verhaalsactie aan de solvent toegekend; beide bepalingen worden voor de borgtocht herhaald in de artt 2028 en 2029 Cc. Ze werden overgenomen in de art. 1329, 1438, 3° en 1876 en 1877 OBW. Deze curieuze samenloop tussen een op zaakwaarneming gebaseerde regresvordering en een op subrogatie gebaseerd verhaalsrecht is gehandhaafd in de art. 6:10 en 6:12 BW. Het moge uit het bovenstaande duidelijk zijn geworden dat aan het verhaal krachtens subrogatie voorstellingen ten grondslag liggen die volstrekt vreemd zijn aan het moderne recht. Ten eerste is dat verhaal krachtens 'subrogatie', voor wat het Romeinse recht betreft, niet zozeer bedoeld geweest voor 'gewone' hoofdelijke debiteuren, maar slechts voor hoofdelijke borgen. Ten tweede is dat verhaal niet zozeer bestemd geweest om de borg verhaal te bieden op de debiteur voor wie hij heeft betaald, als wel om het verhaal op zijn medeborgen mogelijk te maken. Ten derde werd de bijzondere positie van de borg (en dus het verhaal krachtens subrogatie) ingegeven door het feit dat betaling door een borg niet zozeer werd gezien als de voldoening van de schuld van de debiteur, als wel de betaling van de persoonlijke verplichting die de borg op zich had genomen. Er werd, met andere woorden, door het Romeinse recht (nog) geen dwingende accessoire samenhang aangenomen tussen de schuld van de borg en die van de debiteur. Papinianus was zich daarvan terdege bewust; Modestinus daarentegen legde dat verband wel. Dit is de reden waarom de eerste nog na betaling cessie van acties toeliet en de tweede niet. De beide benaderingen sluiten elkander dus, zoals reeds werd vastgesteld, in principe uit en ik ben daarom eigenlijk van mening dat het verhaal krachtens subrogatie voor dit specifieke geval niet in een modern wetboek thuis hoort: *hodie non est opus cessione*.

57 Zie de uitdrukkelijke verwijzing naar Dumoulin in het betoog van de staatsraad Bigot de Préameneu bij Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France* XII, Parijs 1828, p. 370 ('quoiqu'il fût difficile à concilier avec les textes des lois romaines').

